

# **Die Integration von Menschen mit Behinderung ins Arbeitsleben – arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Rahmenbedingungen**

*Gert-Peter Reissner*

## **I. Einleitung**

## **II. Menschen mit Behinderung und Arbeitsrecht**

### **A. Inhalte des Arbeitsrechts**

1. Arbeitsvertragsrecht
2. Kollektivvertragsrecht
3. Betriebsverfassung
4. Arbeitnehmerschutzrecht

### **B. Zur Anwendbarkeit von Arbeitsrecht auf die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung**

1. Der Begriff des „Arbeitnehmers“
  - a) Allgemeines zum arbeitsvertragsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff
  - b) Judikatur zu einer Konstellation der Integration von Menschen mit Behinderung ins Arbeitsleben
  - c) Lehrmeinungen zum Thema der wiedergegebenen Entscheidungen
  - d) Würdigung von Judikatur und Lehre zum Thema. Eigene Meinung
2. Folgen der (Nicht-)Anwendbarkeit von Arbeitsvertrags- und Kollektivvertragsrecht
3. Folgen der (Nicht-)Anwendbarkeit von Betriebsverfassungsrecht
4. Folgen der (Nicht-)Anwendbarkeit von Arbeitnehmerschutzrecht

## **III. Menschen mit Behinderung und Sozialversicherungsrecht**

### **A. Sozialversicherter Personenkreis**

1. ASVG
2. GSVG

### **B. Sozialversicherung und Beschäftigung von Menschen mit Behinderung**

## I. Einleitung

Menschen mit Behinderung werden vom Arbeitsrecht einerseits und vom Sozialversicherungsrecht andererseits in verschiedener Hinsicht angesprochen.

Im vorliegenden Beitrag soll zunächst ausführlicher herausgearbeitet werden, unter welchen Voraussetzungen **Arbeitsrecht** bei der Integration von Menschen mit Behinderung ins Arbeitsleben **zur Anwendung kommt** (vgl II.). Danach soll kurz umrissen werden, wann **Sozialversicherungsrecht** in derartigen Konstellationen **heranzuziehen** ist (vgl III.). Dabei sollen auch nach geltendem Recht gegebene Grenzziehungen aus rechtsdogmatischer sowie aus rechts- und sozialpolitischer Sicht hinterfragt werden.

## II. Menschen mit Behinderung und Arbeitsrecht

Im Folgenden sollen zuerst die wesentlichen Inhalte des Arbeitsrechts auf den Punkt gebracht (vgl II.A.) und danach einige zentrale Probleme der Anwendung des Arbeitsrechts auf die Arbeit von Menschen mit Behinderung beleuchtet werden (vgl II.B.).

### A. Inhalte des Arbeitsrechts

Die Schutzbestimmungen des Arbeitsrechts können für die hier verfolgten Zwecke folgendermaßen untergliedert werden:

#### 1. Arbeitsvertragsrecht

Ein wichtiger Teilbereich des Arbeitsrechts ist das Arbeitsvertragsrecht. In diesem Bereich geht es um die Rechte und Pflichten von AN und AG aus der arbeitsvertraglichen Beziehung, welche einerseits durch den Arbeitsvertrag selbst und andererseits durch zu Gunsten des AN eingreifende zwingende Normen aus (arbeitsrechtlichem) Gesetz, KV oder BV, durch sog Vertragsinhaltsnormen, geprägt ist.

Hierher gehört beispielsweise der **Entgeltsschutz**, also die Bestimmungen über die Entgeltfortzahlung bei Krankheit und Unfall (vgl § 8 Abs 1–2a AngG, EFZG), die Sicherung des Existenzminimums an Arbeitsentgelt gegenüber Lohnpfändungen oder Aufrechnungen (vgl §§ 290a ff, 293 Abs 3 EO), die Rückforderungssperre bei gutgläubigem Verbrauch von Überbezügen<sup>1</sup> oder der zwingende Anspruch auf Abfertigung usw<sup>2</sup> (zum KV s gleich II.A.2.).

Eine weitere wichtige Materie des Arbeitsvertragsrechts ist das **Urlaubsrecht**, welches einen Anspruch auf Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung des Entgelts vorsieht (vgl § 2 Abs 1 UrlG: grundsätzlich 30 Werktage pro Arbeitsjahr).

---

1 StRsp seit dem sog Judikat 33 neu; OGH 23.4.1929, Präs 1025/28, SZ 11/86 = Arb 3893. Aus jüngerer Zeit zB OGH 27.4.2016, 8 ObA 9/16f, DRdA-infas 2016/121, 198 (*Chlestil*) = ecolex 2016/357, 814.

2 Allg dazu zB *Reissner*, Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht<sup>6</sup> (2020) 224 ff mwN.

Stellvertretend für zahlreiche sonstige Inhalte des Arbeitsvertragsrechts seien noch die Regelungen über den **Kündigungs- und Entlassungsschutz** besonders schutzwürdiger Arbeitnehmergruppen (sog besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz; zB nach den §§ 10, 12, 15n MSchG, §§ 7, 8f VKG bei Mutterschaft bzw Elternkarenz oder -teilzeit, nach § 8 BEinstG bei Eigenschaft des AN als begünstigter Behinderter udgl) sowie bei Diskriminierung auf Grund des Geschlechts, insb in Bezug auf den Familienstand oder den Umstand, ob jemand Kinder hat, auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters, der sexuellen Orientierung oder auf Grund einer Behinderung (sog individueller Kündigungs- und Entlassungsschutz; vgl §§ 3 Z 7, 12 Abs 7, 17 Abs 1 Z 7, 26 Abs 7 GIBG, §§ 7b Abs 1 Z 7, 7f BEinstG) hervorgehoben.<sup>3</sup>

## 2. Kollektivvertragsrecht

**KV** sind Vereinbarungen, die zwischen kollektivvertragsfähigen Körperschaften der AG einerseits (zB WK oder freiwillige Arbeitgeberverbände wie der „Bundesverband der AG in den Gesundheits- und Sozialberufen“ [„BAGS“], jetzt: „Sozialwirtschaft Österreich“ [„SWÖ“]) und der AN andererseits (in aller Regel: ÖGB) schriftlich abgeschlossen werden (§ 2 Abs 1 ArbVG).

Das Kollektivvertragswesen ist sozial-, wirtschafts- und gesellschaftspolitisch von wesentlicher Bedeutung. KV sind die zentralen Instrumente der Lohnpolitik, die nicht von staatlicher Seite dekretiert, sondern iSd Sozialautonomie von Repräsentanten der unmittelbar betroffenen Kreise ausgehandelt werden. Durch Schaffung von durch das ArbVG **mit zwingender Wirkung ausgestatteten Mindeststandards** zu Gunsten der im individuellen gegenüber dem AG typischerweise wirtschaftlich unterlegenen AN wird ein Interessenausgleich erzielt, der es den AN ermöglicht, aus dem Arbeitsverhältnis eine ausreichende finanzielle Basis für die Bestreitung des Lebensunterhalts zu erwirtschaften. Auf einzelvertraglicher Ebene wäre dies auf Grund der Vertragsfreiheit und wegen des Wirkens der Gesetzmäßigkeiten des Marktes nicht gewährleistet. Wie gesagt ist es Hauptaufgabe des KV, angemessene **Mindestentgelte** zu Gunsten der AN festzulegen (Grundentgelte, Naturalien, 13. und 14. Monatsbezüge, Abfertigungen, Betriebspensionen usw; zum Entgeltsschutz vgl auch II.A.1.). **Darüber hinaus** kann der KV aber auch all dies mit normativer Kraft regeln, was typischerweise in einem Arbeitsvertrag steht (zB Aufwandsentschädigungen, urlaubsrechtliche Fragen, Regelungen über die Beendigung von Arbeitsverhältnissen; vgl insb § 2 Abs 2 Z 2 ff ArbVG).

Eine ganz entscheidende, im Folgenden zu klärende Frage wird es sein, ob und inwieweit auf arbeitende Menschen mit Behinderung ein **KV anzuwenden** ist oder nicht (vgl II.A.1. und II.A.2.).

3 Allg dazu zB *Reissner*, Arbeitsrecht<sup>6</sup> 108 f mwN. Zum Antidiskriminierungsrecht s auch den Beitrag von *Mair* auf den S 87 ff in diesem Band.

### 3. Betriebsverfassung

Eine weitere bedeutsame Materie des Arbeitsrechts ist das sog Betriebsverfassungsrecht. Kernpunkte des Betriebsverfassungsrechts, welches im Wesentlichen im II. Teil des ArbVG (daneben auch in weiteren Teilen dieses Gesetzes und ver- einzelten Sondergesetzen) niedergelegt ist, sind die Regelungen über die **Organi- sation** und über die **Mitwirkungsrechte der Belegschaft**.

Es geht also zunächst um die **Wahl von Belegschaftsorganen**, insb um die Etab- lierung von **BR** bzw – zuständig für begünstigte Behinderte iSd BEinstG – **Behin- dertenvertrauenspersonen** (zu Letzteren vgl § 22a BEinstG).

Im Weiteren werden die **Aufgabenbereiche** („Befugnisse“) der Belegschaftsorgane festgelegt. Hier finden sich beispielsweise Informations-, Interventions- und Beratungsrechte. Besonders bedeutsam – und diese Bereiche betreffen nur BR – sind die Befugnisse zum Abschluss von BV (vgl §§ 29 ff, 96 ff ArbVG) sowie die Mitbestimmung im Zusammenhang mit dem Kündigungs- und Entlassungsschutz bei Sozialwidrigkeit (vgl §§ 105 f, insb § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG) bzw dem Verset- zungsschutz (vgl § 101 ArbVG).

Betriebsratsmitglieder und Behindertenvertrauenspersonen geraten bei der Aus- übung ihrer Befugnisse typischerweise in einen Interessengegensatz zum BI. Sie bedürfen daher eines **besonderen Schutzes** (Mandatsschutzes), welcher sich zB in einem Beschränkungs- und Benachteiligungsverbot (vgl § 115 Abs 3 ArbVG), in Freistellungsansprüchen (vgl §§ 116 ff ArbVG) sowie insb in einem besonde- ren Kündigungs- und Entlassungsschutz (vgl §§ 120 ff ArbVG) äußert (zur An- wendbarkeit dieser Bestimmungen auf Behindertenvertrauenspersonen vgl § 22a Abs 10 BEinstG).

### 4. Arbeitnehmerschutzrecht

Das Arbeitnehmerschutzrecht, manchmal auch kurz „Arbeitsschutz“ genannt, ist jenes besondere Verwaltungsrecht, das die staatlichen Eingriffe zum Schutz von Leben, Gesundheit und sonstigen wichtigen Rechtsgütern des AN beinhaltet. Vollzugszuständige Behörde für dieses Rechtsgebiet ist das **Arbeitsinspektorat**.

Das Arbeitnehmerschutzrecht besteht aus dem **technischen Arbeitnehmerschutz** (zB Sicherheit von Arbeitsplätzen an Maschinen oder mit gefährlichen Stoffen, Ausstattung von Bildschirmarbeitsplätzen; geregelt vor allem im ASchG), aus dem **Verwendungsschutz**, insb für Kinder und Jugendliche (KJBG) bzw für Frauen während der Mutterschaft (MSchG), sowie aus dem **Arbeitszeitschutz**. In der letzteren Materie geht es insb um die tägliche und wöchentliche Normalarbeits- zeit, um die Höchstgrenzen der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit, um (gesetzlich zuschlagspflichtige) Überstunden- und Mehrarbeit, um die Ruhe- pausen und die tägliche Ruhezeit (all dies ist im Allgemeinen im AZG geregelt)

sowie schließlich um die Wochenend- bzw Wochenruhe und die Feiertagsruhe (laut ARG).

## **B. Zur Anwendbarkeit von Arbeitsrecht auf die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung**

Die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung erfolgt in sehr unterschiedlicher Art und Weise. In vielen Fällen, selbstverständlich auch bei zahlreichen „begünstigten Behinderten“ iSd BEinstG, liegen völlig „unauffällige“ Arbeitsverhältnisse vor, bei denen die Heranziehung von Arbeitsrecht in keiner Weise in Frage steht. Differenzierter sind jene Konstellationen zu sehen, in denen es um die Heranführung von Menschen mit Behinderung an das „herkömmliche Arbeitsleben“ geht. Hier ist die Rede von einem „zweiten Arbeitsmarkt“, in dem Personen, die für den „ersten Arbeitsmarkt“ noch nicht fit genug sind, für diesen in einem „geschützten Bereich“, allenfalls therapeutisch unterstützt, jedenfalls aber aus öffentlichen Mitteln bzw solchen der Sozialversicherung gefördert, qualifiziert werden sollen. Schließlich gibt es noch einen „dritten Arbeitsmarkt“, in dem öffentlich-rechtlich gefördert Menschen beschäftigt werden, die wegen ihres hohen Grades der Behinderung aller Voraussicht nach niemals für den „ersten Arbeitsmarkt“ in Frage kommen werden. Nach traditionellem Verständnis ist bei der zuletzt genannten Personengruppe Arbeitsrecht nicht heranzuziehen. Im „zweiten Arbeitsmarkt“ hängt es von den Umständen des Einzelfalles ab: Ist beispielsweise eine Unterstützung bei der Integration ins Arbeitsleben sehr erfolgreich, kann nach einer Einstiegsphase „plötzlich“ sehr wohl Arbeitsrecht maßgeblich sein (s dazu auch die einschlägigen Gerichtsentscheidungen und die diesbezügliche literarische Diskussion unter II.B.1.b)–d) sowie das Resümee unter II.B.2.).

Im Folgenden wird der zentrale Begriff für die Umschreibung des subjektiven Anwendungsbereichs des Arbeitsrechts, der **Arbeitnehmerbegriff**, herausgearbeitet und auf gängige Konstellationen im Bereich der Beschäftigung von Menschen mit Behinderung, insb auf Grenzfälle, zur Anwendung gebracht (vgl II.B.1.).

### **1. Der Begriff des „Arbeitnehmers“**

Zu beachten ist, dass für die einzelnen Teile des Arbeitsrechts (vgl II.A.) – und auch für das Sozialversicherungsrecht (dazu III.) – verschiedene Arbeitnehmer- bzw – hier gleichbedeutend zu verstehen – Dienstnehmerbegriffe maßgeblich sind, die je nach Zweck des Teilrechtsgebiets in Details voneinander abweichen. Anzusetzen ist zunächst am Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsvertragsrechts (vgl II.B.1.a)), welcher gem § 1 Abs 1 ArbVG auch für das Kollektivvertragsrecht (vgl II.B.2.) relevant ist. Im Weiteren wird dann falls nötig auf spezielle Auswirkungen der für die sonstigen Teilgebiete heranzuziehenden Arbeitnehmerbegriffe hingewiesen (vgl II.B.3. und II.B.4.).

### a) Allgemeines zum arbeitsvertragsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff

Der Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsvertragsrechts ergibt sich aus § 1151 ABGB. Laut Abs 1 Halbsatz 1 dieser Bestimmung entsteht ein Dienstvertrag, „wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet“. Aus dieser eher dürren gesetzlichen Vorgabe hat die Arbeitsrechtsdogmatik abgeleitet, dass sich ein AN iSd Arbeitsvertragsrechts durch mehrere Wesensmerkmale auszeichnet:

- Erstens ist das Arbeitsverhältnis – die Begriffe „Dienstverhältnis“, „Arbeitsvertrag“ und „Dienstvertrag“ sind im gegebenen Zusammenhang ebenfalls als Synonyma verwendbar – ein **Dauerschuldverhältnis**, das die Erbringung von Arbeitsleistungen zum Gegenstand hat. Dauerschuldverhältnisse erlöschen – anders als Zielschuldverhältnisse – nicht automatisch durch die Erfüllung, es bedarf vielmehr eines eigenen Beendigungsaktes (zB Kündigung, Befristung).
- Zweitens besteht der Leistungsinhalt im Arbeitsverhältnis in **Diensten** („Dienstleistung“), also in Arbeit als solcher und nicht – wie beim Werkvertrag (vgl § 1151 Abs 1 Halbsatz 2 ABGB) – in einem von vornherein bestimmten Arbeitsprodukt.
- Drittens beinhaltet das Arbeitsverhältnis eine sog **Bemühensverbindlichkeit**: Der AN schuldet seine Arbeitskraft bzw ein angemessenes Bemühen, nicht aber – wie der Werkvertragsnehmer – einen bestimmten Erfolg.
- Viertens, und das ist im Allgemeinen das zentrale Kriterium, erfolgt die Arbeitsleistung **in persönlicher Abhängigkeit** gegenüber dem AG. Der AN ist demnach typischerweise in fremde unternehmerische Strukturen eingegliedert und an Arbeitszeiten, den Arbeitsort und die Arbeitsabfolge gebunden, er ist einem auf die Person bezogenen Weisungsrecht des AG und entsprechender Kontrolle unterworfen, er ist grundsätzlich höchstpersönlich zur Arbeitsleistung verpflichtet (vgl § 1153 ABGB) und verfügt im Allgemeinen über keine Betriebsmittel; Letztere stellt der AG bei, der auch den unternehmerischen Gewinn lukriert und das Unternehmerrisiko trägt.<sup>4</sup>
- Schließlich wird namentlich im Zusammenhang mit der Arbeit von Menschen mit Behinderung ein weiterer Aspekt hervorgehoben: Die Arbeit im Arbeitsvertrag ist, wie das Gesetz sagt, „für einen anderen“, den AG, zu leisten. Daraus sei auch abzuleiten, dass der **AG ein dezidiertes unternehmerisches Interesse** haben müsse, diese **Arbeitsleistungen zu beziehen**; dieses müsse das Interesse des AN, sich zu betätigen, überstrahlen (dazu genauer II.B.1.b)–d)).

Diese Definitionsmerkmale (insb Dauerschuldverhältnis, persönliche Abhängigkeit, allenfalls auch unternehmerisches Interesse eines AG) bzw ihre einzelnen Elemente sind im Einzelfall auf ihr Vorliegen zu prüfen. Es geht bei der jeweiligen Prüfung nicht darum, dass alle relevanten Elemente auch tatsächlich kumulativ

---

4 Dazu allg zB Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>13</sup> (2017) 169 ff; Spielbüchler in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I<sup>4</sup> (1998) 48 ff; Kietaibl, Arbeitsrecht I: Gestalter und Gestaltungsmittel<sup>10</sup> (2017) 23 ff.

gegeben sind. **Ein (qualitatives) Überwiegen der für das Arbeitsverhältnis typischen Elemente** gegenüber dagegen sprechenden Aspekten führt zur Bejahung des Arbeitnehmerbegriffs, wobei der einzelne Faktor ein Indiz ist, das einmal stärker und einmal schwächer in Erscheinung tritt. Es gibt mE in diesem „beweglichen System“ von Tatbestandselementen auch keinen Aspekt, dessen Fehlen zur sofortigen Verneinung des Arbeitnehmerbegriffs führt (angesichts aktueller, unter II.B.1.c) dargestellter Diskussionen genauer dazu II.B.1.d)). Bei der Prüfung des Arbeitnehmerbegriffs können zudem noch folgende weitere Argumente maßgeblich werden:

- Auch **unentgeltliche Arbeitsverhältnisse** sind – anders als unentgeltliche Werkverträge (vgl § 1151 ABGB) – juristisch möglich (vgl § 1152 ABGB), wenngleich praktisch auf Grund insb in KV enthaltener zwingender Entgeltvorschriften (vgl II.A.2.) selten (häufiger kommen in der Realität zB Praktikantenverhältnisse ohne Entgeltanspruch vor). Jedenfalls, und das ist für die hier interessierenden Fälle der Arbeit von Menschen mit Behinderung bedeutsam, ist die Entgeltlichkeit kein Kriterium der Abgrenzung des Arbeitsvertrags von anderen Rechtsgrundlagen der Leistung von Arbeit iwS.
- Die **Einordnung in der Sozialversicherung** (dazu allg III.A.) sowie im **Steuerrecht** – als unselbständige Rechtsverhältnisse von DN iS dieser Rechtsgebiete – ist für die gegenständliche arbeitsrechtliche Einordnung ein **Indiz**, aber nicht bindend. Stärker zu würdigen sind die Vorgangsweisen in den beiden anderen Rechtsgebieten dann, wenn sie rechtlich in entsprechenden (strittigen) Verfahren erörtert wurden. Die bloße, nicht beanstandete Anmeldung zur Sozialversicherung – diese könnte ja auch entgegen der Rechtslage erfolgt sein – muss daher geringer veranschlagt werden (dazu auch II.B.1.b)–d)).
- Schließlich ist die **Bezeichnung des Vertrags** durch die Parteien nur **im Zweifel** – also dann, wenn mit den anderen, oben angeführten Aspekten keine Entscheidung getroffen werden kann – von Bedeutung („die falsche Bezeichnung schadet nicht“; dazu ebenfalls II.B.1.b)–d)).

## b) Judikatur zu einer Konstellation der Integration von Menschen mit Behinderung ins Arbeitsleben

Eine der unter II.B.1.a) angesprochenen Überlegungen, ob nämlich eine konkrete Rechtsbeziehung stärker durch das wirtschaftliche Interesse des Arbeitsempfängers oder das Interesse des Tätigen an der Arbeitsmöglichkeit geprägt wird, steht im Zentrum grundlegender einschlägiger Judikatur zur Qualifikation des Tätigwerdens in einer sog **geschützten Werkstätte** (konkret: „Hilfe durch geschützte Arbeit“ iSd einschlägigen oberösterreichischen Landesgesetzes, gedacht als Zwischenstufe zu den integrativen Werkstätten des Bundes, die zum „freien Arbeitsmarkt“ zählen und kollektivvertragliche Entlohnung bieten, und den Werkstätten der Organisationen insb der Lebenshilfe und der Diakonie). Der OGH<sup>5</sup> hatte dabei in

5 OGH 29.10.2009, 9 ObA 105/09w, ASoK 2010, 236 = infas 2010 A 49 bzw OGH 18.2.2010, 8 ObA 48/09f, Arb 12.868.

**zwei Verfahren** von sehr **ähnlichen Sachverhalten** – es ging um ein und dasselbe geförderte Projekt – auszugehen. Die Urteile des Höchstgerichts bzw – genau genommen – des OLG Linz<sup>6</sup> als Berufungsgericht, dessen Rechtsauffassung der OGH als zutreffend bezeichnet und auf die er weitgehend verweist, beinhalten demgemäß auch beide Male das gleiche Ergebnis.

Dem **ersten Fall**<sup>7</sup> lag zusammengefasst folgender Sachverhalt zugrunde: Der Bekl ist ein ideeller Verein, der ausschließlich gemeinnützige und mildtätige Zwecke verfolgt. Er betreibt einen sozialökonomischen Betrieb, der in Form einer geschützten Werkstätte Berufskleidung für Krankenhäuser, Altersheime und Wirtschaftsbetriebe produziert. Die Kl, eine begünstigte Behinderte, war vom 2.11.2006 bis 7.5.2007 in diesem Betrieb als Näherin mit einem Beschäftigungsmaß von 38 Wochenstunden beschäftigt. Die Streitparteien schlossen in Anlehnung an den BAGS-KV (heute: SWÖ-KV) – mit Ausnahme der Einstufungs- und Entgeltbestimmungen – einen (schriftlichen) „Dienstvertrag“<sup>8</sup>, in dem ua Folgendes vereinbart wurde: „Grundlage dieses Dienstverhältnisses ist der Zuweisungsbescheid der OÖ LReg auf Basis des OÖ Landesbehindertengesetzes idgF. Wird die Zuweisung mit Bescheid beendet bzw die Kostenübernahme des Landes eingestellt, so endet das Dienstverhältnis mit Wegfall der Kostenübernahme/Förderung (Resolutivbedingung).“ Der monatliche Bruttolohn betrug gemäß eines vom Bekl verwendeten Lohnschemas für seine geschützten Werkstätten zunächst € 411 und ab 1.1.2007 € 421. Im Falle von Krankenstand wurde Entgeltfortzahlung geleistet, Urlaub wurde iSd UrlG vereinbart. Das Beschäftigungsverhältnis endete durch einvernehmliche Auflösung. Die Kl beehrte nun beim ASG vom Bekl € 7.515,28 brutto, und zwar primär – bzw hier interessierend – mit der Behauptung, dass sie in einem Dienstverhältnis stehe, auf das der BAGS-KV anzuwenden sei.<sup>9</sup> Der Bekl beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und führte insb aus, dass die Teilnehmer an seinem Arbeitsprojekt vom Land Oberösterreich zugewiesen seien und sich die Entlohnung nach einem zwischen dem Bekl und dem Land abgeschlossenen Vertrag richte. Die Beschäftigungsmaßnahme sei durch einen klinisch-psychologischen Befund, eine fachärztliche Stellungnahme und

6 OLG Linz 10.3.2009, 12 Ra 5/09f bzw OLG Linz 26.5.2009, 11 Ra 31/09x.

7 OGH 29.10.2009, 9 ObA 105/09w, ASoK 2010, 236 = infas 2010 A 49 bzw OLG Linz 10.3.2009, 12 Ra 5/09f.

8 Die Kl hatte diesen „Dienstvertrag“ laut Feststellungen nie unterschrieben, weil sie mit dem Entgelt unzufrieden war. Der Vertrag wird daher wohl – entgegen dieser Passage in der OGH-Entscheidung – nicht schriftlich, sondern mündlich oder konkludent zustande gekommen sein. Im Falle eines DisSENSes im Bereich der Entgeltvereinbarung würde ein angemessenes Entgelt gem § 1152 ABGB gebühren, und zwar mE per analogiam auch dann, wenn der gegenständliche Vertrag – was der hier vertretenen Auffassung entspricht (dazu insb II.B.1.d)) – nicht als Dienstvertrag iSd § 1151 Abs 1 Halbsatz 1 ABGB zu qualifizieren ist. Läge ein Dienstvertrag iSd genannten Gesetzesstelle vor, so wäre bei der Entgeltbestimmung primär auf das Mindestentgelt eines KV abzustellen, sofern ein solcher nach dessen Geltungsbereich – insb der persönliche Geltungsbereich könnte in Fällen wie dem vorliegenden fraglich sein – anzuwenden ist.

9 Daneben stützte sie sich insb auch auf das Antidiskriminierungsrecht; zu diesem ausführlich im Beitrag von *Mair* auf den S 87 ff in diesem Band.



einen Zuweisungsbericht einer Sozialarbeiterin befürwortet worden. Dadurch sei eine Mitarbeit im Rahmen der Kostenübernahme durch das Land möglich gewesen. Zweck des Beschäftigungsverhältnisses sei nicht nur die Erzielung von Einkommen, sondern es gehe auch um Therapie. Die Arbeitsleistung der Teilnehmerinnen und auch der Kl entspreche nur einem Bruchteil der Arbeitsleistung einer gesunden Arbeitskraft. Ein Teil der Arbeitszeit diene auch der Sozialarbeit. Das Beschäftigungsverhältnis bezwecke nicht die Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs des Bekl (es wurde auch vom Erstgericht festgestellt, dass durch die Produktion ca 25–40 % des gesamten Finanzierungsaufwandes erwirtschaftet wurden). Die Teilnehmerinnen dürften jene Arbeiten machen, die sie wollten. Bei mangelnder Leistungserbringung gebe es keine Sanktion. Den Teilnehmerinnen werde eine dauerhafte Beschäftigung angeboten. Es handle sich nicht um Transitarbeitskräfte.

Auch die Kl im **zweiten Sachverhalt**<sup>10</sup> war Näherin im Rahmen eines sozialökonomischen Projekts. Im Betrieb des bekl Vereins wurden neben zwei Produktionsleiterinnen, einer Diplomsozialarbeiterin und dem Betriebsleiter als Schlüsselkräfte, die in Anlehnung an den BAGS-KV entlohnt wurden, Personen mit psychischer Beeinträchtigung als Industrienäherinnen beschäftigt. Diese psychische Beeinträchtigung in Form einer psychiatrischen Grunddiagnose und einer daraus resultierenden Einschränkung der betroffenen Person in beruflicher Hinsicht von mindestens 50 % war Voraussetzung für die Zuweisung an das Projekt durch das Land Oberösterreich. Auch die Kl wurde dem Projekt mit positivem Bescheid des Landes vom 6.3.2006 auf Basis eines fachärztlichen Gutachtens und auf Grund einer Stellungnahme des AMS, wonach ihre Vermittlung am Arbeitsmarkt nicht mehr anzustreben sei, zugewiesen (davor war die Kl schon in einem befristeten Beschäftigungsverhältnis zum Bekl gestanden, welches durch das Bundessozialamt mit dem Ziel, eine Vermittlung in den ersten Arbeitsmarkt vorzunehmen, gefördert wurde; diese Förderungen wurden ua wegen des geringen Erfolgs bei der Vermittlung in den ersten Arbeitsmarkt eingestellt). Den Industrienäherinnen wurden im Rahmen des Projekts Arbeitsort, Arbeitszeit und die zu fertigenden Modelle vorgegeben. Dabei wurde jedoch auf die Fähigkeiten der einzelnen Näherin Bedacht genommen, jede Näherin führte nur Arbeitsschritte durch, zu denen sie befähigt war. Die Bezahlung war von der Leistung unabhängig, lediglich zur Berechnung von Fertigstellungszeiten wurden „Leistungsvorgaben“ berechnet, die auch als Bezugsgröße dienten, um beispielsweise die persönliche Entwicklung einer Näherin festzuhalten. Als Basis für eine 100%ige Leistung wurde die halbe Leistung einer gesunden Näherin herangezogen. Diese Vorgaben wurden jedoch nur von wenigen der im Betrieb tätigen Personen erreicht, und nur wenige waren in der Lage, sämtliche Arbeitsschritte zur Vollendung eines Modells allein durchführen zu können. Das Nichterreichen der Leistungsvorgaben zog ebenso wenig

10 OGH 18.2.2010, 8 ObA 48/09f, Arb 12.868 bzw OLG Linz 26.5.2009, 11 Ra 31/09x.

wie lang andauernde Krankenstände Konsequenzen nach sich. Auch Überstunden mussten nicht geleistet werden. Zusätzlich wurde Sozialarbeit angeboten, die von den Näherinnen auch wahrgenommen wurde. Auch diese Kl beehrte in erster Linie mit der Behauptung, in einem Dienstverhältnis zu stehen, die Differenz zum Mindestentgelt laut BAGS-KV.

Die genannten Gerichte **wiesen** die **Klagebegehren zur Gänze ab**. Sie nahmen in ihren **Begründungen** dabei zunächst die unter II.B.1.a) skizzierte hA zu den Wesensmerkmalen des Arbeitsverhältnisses auf und führten aus, dass das Arbeitsverhältnis „die Leistung abhängiger, fremdbestimmter Arbeit zum Inhalt“ habe, deren entscheidendes Merkmal es sei, dass sie „in persönlicher Abhängigkeit“ erfolge. Als weiteres Merkmal komme, in Abgrenzung zu Tätigkeiten aus religiösen, karitativen und sozialen Motiven des Leistenden sowie zur Beschäftigung von Personen zu deren Erziehung oder Behandlung (zB für Menschen mit Behinderung, Süchtige oder Kranke), hinzu, dass „die Dienste für einen anderen geleistet werden“ müssten. Gegenstand eines Arbeitsvertrages könnten daher nur Tätigkeiten sein, „an deren Durchführung der Vertragspartner ein eigenes Interesse“ habe, das „über das Interesse am Wohlergehen des Tätigen“ hinausreiche. Für die Qualifikation sei „entscheidend, ob das Interesse des Tätigen an der Möglichkeit zu arbeiten oder das Interesse der Empfängerin an den Arbeitsleistungen die Beziehung prägt“. Ein Arbeitsvertrag scheidet aus, „wenn der nicht-ökonomische (austauschfremde) Zweck dominiert, wenn also die Tätigkeit primär im Eigeninteresse der tätigen Person erfolgt“. Dies sei insb dann der Fall, wenn der andere Teil „beträchtliche Aufwendungen für die Betreuung bei der Tätigkeit“ habe, aber auch, wenn die Dienste leistende Person „unter der Verantwortung einer Einrichtung“ stehe. Ein geringes Taschengeld führe noch nicht zur Qualifikation als Arbeitsvertrag.

Im Weiteren wandten das OLG Linz bzw der OGH diese Grundlegungen auf die gegenständlichen Fälle an und führten aus, dass „die Tätigkeit“ der Kl „in einem Umfeld stattgefunden“ habe, „das von den am Arbeitsmarkt üblichen Bedingungen erheblich abweicht“. Der Bekl verfolge laut OLG Linz<sup>11</sup> als humanitäre Organisation mit der gegenständlichen Beschäftigung keine ökonomischen Interessen, es gehe vielmehr um das Wohlergehen der Arbeitenden. Dies komme dadurch zum Ausdruck, dass durch die Produktionstätigkeit nicht einmal die Hälfte des Finanzierungsaufwands erwirtschaftet werde. Produktivität und Arbeitsdisziplin seien im Vergleich zu üblichen Arbeitsbedingungen weitgehend herabgestuft; während der Arbeitszeit werde auch psychosoziale Betreuung angeboten. Bei Nichterreichung von Zielen drohten keine Konsequenzen. Es dominiere also klar der nicht-ökonomische (austauschfremde) Zweck, weil die Tätigkeit primär im Eigeninteresse der tätigen Personen aus psychosozialen Gründen erfolge. Ziel des Beschäftigungsverhältnisses sei nicht der zu leistende Dienst, an dem der Bekl mangels Wirtschaft-

---

11 OLG Linz 10.3.2009, 12 Ra 5/09f; 26.5.2009, 11 Ra 31/09x.

lichkeit kein Interesse haben könne, sondern das Wohlergehen der Arbeitenden durch Ermöglichung einer Beschäftigung mit ihren positiven psychosozialen Effekten und sozialversicherungsrechtlicher Absicherung. Geschützte Werkstätten iSd OÖ Landesbehindertengesetze<sup>12</sup> stünden nur Personen zur Verfügung, die auf Grund ihrer Beeinträchtigungen vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen seien; Grundlage für die Zuweisung sei ein ärztliches Gutachten. Diese Art der Leistung könne nicht als Dienstvertrag iSd § 1151 ABGB qualifiziert werden.

Der OGH<sup>13</sup> fügte in Ablehnung entsprechender Ausführungen im Rechtsmittel ua hinzu, dass es dem Bekl durchaus am hier relevanten Eigeninteresse an der Beschäftigung mangle. Den erwirtschafteten Erträgen seien die diese deutlich übersteigenden Kosten des Projekts gegenüberzustellen. Von einem wirtschaftlichen Eigeninteresse, das über das Interesse des Bekl am Wohlergehen der Beschäftigten hinausgeht, könne daher nicht die Rede sein. Vielmehr treffe es zu, dass die Beziehung der Streitteile in erster Linie durch das Interesse der Beschäftigten an der Möglichkeit zu arbeiten geprägt werde. Aus eben diesem Grund versage auch der Einwand der Kl, dass nach der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts die Beschäftigung eines Langzeitarbeitslosen auch in einem „normalen“ Betrieb kein Arbeitsverhältnis wäre. Auf einen nach üblichen Kriterien organisierten und wirtschaftenden Betrieb träfen – auch wenn er einen bisher Langzeitarbeitslosen beschäftigt – bei der gebotenen objektiven Betrachtung die hier angestellten Überlegungen nicht zu (zum Umstand, dass zwischen den Parteien eine als „Dienstvertrag“ bezeichnete Vereinbarung abgeschlossen wurde, s II.B.1.d) sowie allg – zur Zweifelsregel „falsa demonstratio non nocet“ – II.B.1.a)).

### c) Lehrmeinungen zum Thema der wiedergegebenen Entscheidungen

Die unter II.B.1.b) skizzierten Leitentscheidungen<sup>14</sup> berufen sich mehr oder weniger ausschließlich auf Ausführungen von *Rebhahn*.<sup>15</sup> Dieser geht vom Wortlaut der Definition des Dienstvertrags in § 1151 ABGB aus und hält fest, dass diese Bestimmung die Leistung der Dienste „für einen anderen“ voraussetze. Darin komme ua zum Ausdruck, dass Gegenstand eines Arbeitsvertrages nur Tätigkeiten sein könnten, an deren Durchführung der Vertragspartner ein eigenes Interesse habe, das über das Interesse am Wohlergehen des Tätigen hinausreiche. Es gehe um die

12 Bis 31.8.2008 war das OÖ Landesbehindertengesetz LGBLÖ 1991/13 maßgeblich, seither ist das „LG betreffend die Chancengleichheit von Menschen mit Beeinträchtigung“ LGBLÖ 2008/41 idgF die einschlägige Rechtsgrundlage.

13 OGH 29.10.2009, 9 ObA 105/09w, ASoK 2010, 236 = infas 2010 A 49.

14 OGH 29.10.2009, 9 ObA 105/09w, ASoK 2010, 236 = infas 2010 A 49 bzw OLG Linz 10.3.2009, 12 Ra 5/09f; OGH 18.2.2010, 8 ObA 48/09f, Arb 12.868 bzw OLG Linz 26.5.2009, 11 Ra 31/09. Der Begriff „Leitentscheidung“ sei hier in einem weiten Sinn verwendet, zumal weder OGH noch OLG Linz letztlich grundlegend in der Sache – welche allgemein bedeutsam und von großem sozialpolitischem Interesse ist – Stellung nehmen. Insb der OGH bestätigt nur jeweils die 2. Instanz, also das OLG Linz.

15 In *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006) § 1151 ABGB Rz 78. Zur Reaktion des Autors auf die Leitentscheidungen insb in der 2. Auflage des ZellKomm s unten.